

**LA LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL DE LOS SOCIOS PARA
QUERELLAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA
NACIÓN. UN RELEVANTE CAMBIO DE PARADIGMA EN MATERIA
DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD PENAL POR DELITOS QUE
AFECTEN A LA SOCIEDAD ¹**

Jorge M. Ilharrescondo

SUMARIO:

Propugnamos que se considere que a partir de la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, los socios cuentan con amplias facultades para asumir el rol de querellantes por actos delictivos que afecten a la sociedad, perpetrados por quienes las dirigen o controlan, en representación del ente y en tutela del interés colectivo del mismo, sin necesidad de que se verifique el agotamiento de las instancias internas previstas por la Ley General de Sociedades.



1. Inicialmente se impone realizar algunas precisiones sobre qué se entiende por querellante y por víctima en el moderno derecho procesal penal, dado que dichas palabras son frecuentemente consideradas como sinónimos, cuando la realidad normativa nos indica que ello no es así. Al respecto, la Asamblea General de la ONU, en la resolución del 29 de noviembre de 1985, ha definido a las víctimas como todas "... las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder".

¹ Agradezco los aportes de razonamiento realizados por el Profesor Miguel C. Araya, con quien hemos discutido muchas de las cuestiones que se vuelcan en la presente ponencia y quien amablemente nos dio su erudita visión desde la óptica del derecho societario.

La norma cuyo análisis nos convoca, el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, sancionado por la ley 27.063, modificado por la ley 27.482 y ordenado conforme al Decreto Número 118/2019 (en adelante, C.P.P.N.) le confiere a la expresión “víctima” un alcance sin dudas amplio que se ajusta al estándar internacional arriba reseñado. En este sentido y de consuno con lo normado por el artículo 79 de este cuerpo legal, se considera que dicha expresión abarca a la persona ofendida directamente por el delito, como igualmente al cónyuge de aquella, al conviviente, a los padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores, en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

A partir de la aceptación del estatuto jurídico de víctima, se le reconocen a ésta una serie de derechos fundamentales, que además se muestran consecuentes con el paradigma de tutela emergente del Sistema Internacional de Derechos Humanos, al que nuestro país adscribió al sancionarse la reforma de la Constitución Nacional en 1994. En función de lo afirmado, el concepto abarca a la figura del damnificado directo o indirecto del delito, al sujeto pasivo y al ofendido, como igualmente a un elenco de personas humanas, que si bien no revisten las condiciones descritas de afectados inmediatos por el hecho criminal, en atención a detentar un vínculo legal, de parentesco o de comunidad de vida con el ofendido, se muestran igualmente habilitadas para alcanzar dicha condición jurídica o pueden ejercer la acción penal en nombre del aquél, cuando éste se muestre imposibilitado de hacerlo por sí mismo.

Como se puede observar, la expresión víctima tiene como protagonista a la persona física, aunque ello no inhibe a que dicho rol conjuntamente lo detente un ente ideal, debiendo destacar que también las personas jurídicas son acreedoras del elenco de derechos y garantías que acepta el denominado Sistema Internacional de Derechos Humanos ².

² En el conocido caso “Cantos vs. Argentina. Excepciones preliminares”, fallado en fecha 07 de septiembre de 2001 y más concretamente en el considerando 25 de dicho fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “En el caso sub judice, la Argentina afirma que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, a dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos. Sin embargo, la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación”. Por su parte, el considerando 29, se terminó afirmando lo que constituye el fundamento de nuestro razonamiento: “Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo N° 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe

Por su parte y en relación a la figura del querellante, que constituye el ropaje legal mediante el cual una persona humana o jurídica, privada o pública, puede asumir el rol de acusadora particular en el proceso penal, es dable decir que el Nuevo C.P.P.N. incorpora una serie de normas que tienen decisiva incidencia en la cuestión que nos convoca.

Expresamente, en el Libro I, Título III, dedicado a la Víctima, dentro del Capítulo 2, destinado al tratamiento de la Querrela y más concretamente, en el artículo 84 del citado cuerpo legal, se admite que cuentan con el derecho de querrela, además de las víctimas, los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirijan, administren, gerencien o controlen. De la misma forma y en ese mismo artículo, se le confiere idéntica atribución a las asociaciones o fundaciones, como tales, en casos de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos, siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados y se encuentren registradas conforme a la ley, al igual que a los pueblos originarios en los delitos que impliquen discriminación de alguno de sus miembros, genocidio o afecten de un modo directo sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente.

Simultáneamente, en los arts. 87 y 88 del C.P.P.N., la norma de rito distingue dos supuestos; la denominada querrela por delitos de acción pública y aquella que puede instarse por delitos de acción privada.

En el primer caso, el ya citado art. 87 del C.P.P.N., en forma previa a conferirle al querellante autonomía de postulación, expresamente reconoce que pueden alcanzar dicha condición las víctimas o sus representantes legales, con facultades independientes para provocar la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por la actuación del Ministerio Público Fiscal. Esta situación es la que permite afirmar que tienen legitimación para ser admitidas en dicho rol, cualquier persona humana o jurídica que se ajuste a las características que posee toda víctima, incluyéndose también a las personas de derecho público, conforme a las leyes y reglamentos que así lo habiliten.

De otro lado y en relación a la denominada acción penal privada, destacamos que en el art. 88 del C.P.P.N. se establece que sólo puede asumir dicha posición la persona que se considere ofendida por el delito, opción que parecería redu-

la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho³⁰. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf, última entrada en fecha 15/07/2016, 19.33 hs.

cir considerablemente el elenco de posibles sujetos legitimados cuando estemos ante la comisión de este tipo de delitos sólo perseguibles a instancia de parte. Es que el término ofendido, en la jerga procesal, en principio sólo abarcaría a quien revista la calidad de damnificado inmediato, directo y actual del hecho criminal, más no abarca al resto de los sujetos mencionados más arriba que pueden querellantes como sucesores o representantes de los afectados directamente por el delito. Sin embargo, no podemos dejar de decir que la contradicción resulta ser sólo en apariencia; en efecto, como sabemos, cuando interpretamos una norma nunca debemos ajustarnos al estudio gramatical y aislado de la misma, sino que por el contrario, es necesario que se desentrañe su contenido en conjunción con el resto de las disposiciones que conforman el cuerpo orgánico y sistemático en el que aquella se encuentre inmersa. Desde esta óptica, no puede entenderse el alcance de la fórmula del artículo 87 del C.P.P.N. divorciada de lo expuesto a su vez en el artículo 84, que como hemos visto, amplía considerablemente el elenco de sujetos legitimados para querellar. Por otra parte, y en función de la vigencia del principio *pro actione*, de reconocimiento jurisprudencial uniforme, la regla interpretativa que corresponde adoptar, es aquella que sirva para franquear el acceso pleno del justiciable al servicio de justicia y que a la vez asegure la vigencia efectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Este criterio es entonces el que permite concluir que en el nuevo modelo procesal quien reviste la condición de víctima, con los alcances fijados, también puede asumir el rol de acusador particular, tanto por delitos de acción pública, como por delito de acción privada, no obstante no ser ofendido por el delito.

Por último y en relación con la acción civil, se destaca que el C.P.P.N. mantiene la regulación de este sujeto procesal, dando la posibilidad de que se inste en esta sede la reparación del daño derivado del delito, en conjunción con las previsiones de los arts. 29 y ss. del Código Penal. En relación a este instituto y al legislar sobre los posibles sujetos legitimados, la norma solamente se refiere al “titular” de la acción a secas, situación que necesariamente requiere traer a consideración disposiciones extrapenales para determinar el elenco de personas humanas o jurídicas que tendrían expedita dicha instancia, como puede ser el caso de las reglas contenidas en el Código Civil y Comercial o en la misma Ley General de Sociedades.

En el derecho procesal penal tradicionalmente se ha considerado que la acción civil esencialmente estuvo reservada para el damnificado directo por el delito. Sin embargo, observamos que en la nueva legislación de rito no se consagran límites a los posibles legitimados y en cambio, simplemente se hace referencia al “titular”, expresión ésta que permitiría abarcar múltiples supuestos para cuya dilucidación debemos recurrir a normas alojadas fueran del C.P.P.N.

2. Conforme con el esquema expuesto y yendo al motivo de esta ponencia, inicialmente debemos decir que cuando se trataba en particular el fenómeno de la instancia de querella, por delitos cometidos en el interior de las sociedades comerciales y que eran protagonizados por quienes la administran o dirigen, siempre se sostuvo que la posibilidad de asumir el rol de acusador particular sólo le correspondía al ente ideal afectado, más no a los socios a título particular, salvo que se vean afectados en forma directa sus derechos patrimoniales.

El problema se presentaba, generalmente, con respecto a la legitimidad individual del socio para querellarse cuando la misma sociedad era directamente vulnerada en bienes jurídicos de su pertenencia y ante ello, no iniciaba acciones por intermedio de sus órganos habilitados, dado que quienes controlaban a los mismos eran los que precisamente podían ser investigados y luego juzgados por dicho hacer criminal. Ante esa circunstancia, los eventuales reclamos internos realizados por aquellos socios u accionistas que eran ajenos al hecho, frecuentemente chocaban con la negativa de los directores o de la asamblea, a votar el inicio de acciones legales de tinte punitivo, verificándose en no pocos casos verdaderos abusos de mayoría que neutralizaban cualquier intento de iniciar acciones de responsabilidad.

El tema ha sido siempre objeto de particular estudio y en lo esencial, los supuestos analizados abarcaban conflictos operados en el seno de sociedades anónimas. De acuerdo con esto y en general, siendo el ente el ofendido por el delito, siempre se consideró desfavorable que sea un accionista el que pueda querellarse en representación del interés colectivo, dado que de esta manera muchos socios, supuestamente inescrupulosos, harían uso de la excepcional vía del derecho penal como una forma de realizar ventas o compras hostiles de sus posiciones en el ente, lograr la marcha atrás en decisiones de gestión u obtener reparaciones desproporcionadas. Sin embargo y aun frente a todos estos razonamientos, desde antaño se alzaron voces en favor de la adopción de un criterio amplio en cuanto al uso de la instancia de querella, tal como ahora lo hace el C.P.P.N., conforme lo veremos *infra* ³.

³ Al respecto, Cueto Rúa sostuvo que “...nos parece de toda evidencia que cometido un delito dañoso para una sociedad anónima, quienes realmente sufren el perjuicio, quienes ven disminuir su patrimonio, son los accionistas. Y que sean muchos no significa que cada uno de ellos no revista la calidad de damnificado. Sostener lo contrario, es mantener una ficción jurídica divorciada de la realidad. Sin embargo, tratándose de un derecho que surge para una persona física de su carácter de miembro de una persona jurídica, debe ajustarse en su ejercicio a las prescripciones del ordenamiento jurídico parcial que unifica las acciones de diversas individualidades en torno a un común centro de imputación...”. Y luego expone, “...sostener lo contrario significa, en principio, introducir un criterio perturbador para las actividades sociales y una fuente continua de dificultades para los

Las posturas restrictivas consideraban que todo accionista disconforme con la gestión del directorio, ante un acto criminal protagonizado por los miembros de este órgano y que podía redundar en perjuicio del interés social, previamente a instar cualquier acción individual, civil o penal, debía previamente poner en marcha todos los mecanismos internos previstos por la propia ley 19.550, a los fines de que la persona jurídica promoviese la acción social, prevista en el art. 274 de la Ley General de Sociedades, por violación de la ley, estatuto o reglamento de responsabilidad, en contra de quienes integraban el órgano de administración, mocionando en tal sentido en la asamblea respectiva. Ante ello, el órgano de gobierno tenía la opción de decidir accionar civil y criminalmente en contra de los directores, remover de su cargo a los responsables de la afectación del patrimonio y conjuntamente con ello, encomendar a los nuevos administradores que confieran poder especial para querellarse en nombre de la sociedad anónima y en directa defensa del interés social. Pero frente a tal criterio se esgrimía que el problema se presentaba en aquellos casos en que se verificaba la aprobación de la gestión del órgano de administración, no obstante haberse acreditado, por ejemplo, la comisión de delitos en perjuicio de la sociedad; es decir, cuando con respaldo en una mayoría afín, la asamblea decidía desconocer el pedido del accionista disconforme y además, ratificaba al directorio en su cargo, situación que sin dudas se muestra incompatible con cualquier intento futuro de persecución criminal, siendo que nadie decide auto-inculparse penalmente.

Pero con independencia de las implicancias que tenga la aprobación o no de la gestión, útil resulta considerar que en forma casi uniforme siempre se consideró que por aplicación de las reglas de responsabilidad de los administradores societarios, previstas en la LGS, en principio, la condición de accionista no podía sustituir la representación de la persona jurídica, puesto que aquél carecía de legitimidad para querellar se autónomamente por ser la empresa y no él quien se halla directamente perjudicado por el delito, aunque en algunos supuestos aislados se les ha asignado ese derecho de querellar, en los casos en que el accionista fuera minoritario y la sociedad no ejerciese la acción de defensa de los asociados⁴. Respecto de este último caso, se dijo por ejemplo, que si bien no pueden

administradores, directores o gerentes que carecerían de garantías para el cumplimiento de sus obligaciones y ejercicio de sus derechos, expuestos de continuo a las contingencias de querellas criminales interpuestas por socios disconformes, al margen de las decisiones del directorio y de la asamblea de accionistas...”. Cfr. CUETO RÚA, Julio, “Facultad del miembro de una sociedad anónima para querellar al imputado de actos delictuosos cometidos en perjuicio de ésta”, en L.L. 44, octubre 2 de 1946, ps. 18 y 19.

⁴ Ver al respecto, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, autos “Defranco Fantín, Reynaldo L”, sentencia del 05/10/1990, fallo publicado en L. L 1991-C, p. 278. En igual sentido, ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Cri-

asumir el rol de querellantes *ut singuli* los accionistas de una sociedad anónima por hechos que perjudiquen el patrimonio social, corresponde hacer excepción a la regla cuando existe un posible perjuicio patrimonial ocasionado por quien actualmente ostenta la representación, dirección y administración de la sociedad, pues en caso de denegar el acceso al rol de querellante del accionista, podría tornarse ilusoria la posibilidad del ejercicio de tal derecho ⁵.

3. Toda lo expuesto precedentemente ha sufrido un cambio extremo con la nueva legislación procesal penal federal; en efecto, tal como lo hemos adelantado más arriba, el artículo 78 del C.P.P.N. le confiere la excepcional calidad de víctima, no sólo a la persona ofendida por el delito, sino también y en lo que respecta a nuestra materia, a los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren, gerencien o controlen.

La decisión del legislador ha implicado entonces un claro cambio de paradigma, dado que expresamente ahora se autoriza a los socios a promover querrela, aun cuando la afectada sea la misma sociedad, quien conforme al anterior criterio, habíamos visto que era la única que revestía la calidad de ofendida, considerando al accionista sólo como un damnificado indirecto.

A nuestro juicio, resulta claro que el legislador procesal penal ha adoptado la posición que tímidamente desde hace un tiempo se ha ido abriendo paso en el derecho societario y que considera que el socio es propietario de la parte del patrimonio social en forma proporcional a lo que su participación accionaria representa. Es que el título valor denominado acción otorga a su poseedor legitimado un cúmulo de derechos de diversas especie -personales y patrimoniales-, que le confiere el carácter de socio y además le confiere el correspondiente derecho a la fracción patrimonial que el título representa. Precisamente tomando esta postura, el accionista tendría entonces una relación de disponibilidad sobre una porción del patrimonio del ente, por lo que se vería perjudicado en forma directa de manera proporcional a la propiedad que detenta sobre el acervo social, circunstancia que lo habilitaría a accionar por sí, no sólo en representación del interés colectivo, sino esencialmente a título propio.

A nuestro juicio, el Código recepta este último criterio y es por ello que en la nueva legislación procesal penal no sólo la sociedad se encuentra facultada para querellar, sino que también pueden hacerlo, en forma conjunta o alternativa, los

minal y Correccional, Sala V, autos “Carnevale, Rodolfo N”, sentencia del 13/06/2001, fallo publicado en DJ 2001 3, p. 700.

⁵ Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, autos “Ver-nassa, Lucas G”, sentencia del 05/03/2007, publicada en L. L 2007-E, p. 268.

socios a título particular pero en interés del ente, cuando esté último se vea perjudicado por el delito, no exigiendo la norma de rito requisito alguno en cuanto al agotamiento de las instancias internas. Esta acción asignada a los socios de ninguna manera es de naturaleza subsidiaria respecto de aquella reconocida a la persona jurídica. Es que para nosotros, una vez detectada la comisión del ilícito y abierta la investigación penal preparatoria, de oficio o a instancia de un tercero, cualquier persona física o jurídica que sobrelleve el estatus de socio puede decidir instar su admisión como acusador particular.

Si bien el C.P.P.N. nada dice al respecto, resulta importante que la condición de socio la detente el instante al momento de promocionar la querrela, debiendo acreditar dicha calidad con ajuste a todo lo previsto por la LGS. Así, por ejemplo, en el marco de las sociedades anónimas, el accionista que pretenda ejercer el rol de querellante, indefectiblemente deberá acreditar sumariamente su condición de tal ⁶. Por su parte y en aquellos supuestos en que sea una persona jurídica la que revista el estatus de socio, creemos nosotros que junto con lo expuesto en forma precedente y en relación a la condición de socio, deberán agregarse a la presentación todos los instrumentos respectivos que den cuenta de la toma de decisión de asumir el rol de acusador por parte de dicho ente, de acuerdo con su estatuto social. Por otra parte, la transmisión de la condición de socio, de acuerdo a las previsiones previstas por cada tipo societario, de ninguna manera hace que se pierda el derecho de querrela, pudiendo esta acción ser continuada por quién asuma la titularidad de las acciones o cuota partes en forma ajustada a las previsiones legales. Simultáneamente, ninguna duda cabe que el socio también puede querrellarse cuando revista la condición de damnificado directo, situación que permitiría calificarlo como ofendido, en la jerga del C.P.P.N.

En cuanto al resto de los supuestos que deben reunirse, resulta claro que la norma exige, tal como lo dijimos atrás, que la afectada sea la sociedad y que la lesión a cualquier bien jurídico que le pertenezca, sea provocada por quienes la administren, dirijan o controlen. De acuerdo con esto último, para que la querrela pueda ser instada es necesario que los delitos sobre los que se pretende asumir el rol de acusador particular, además de ser de competencia federal, estén consumados o tentados y, además, sean protagonizados por quienes al momento de cometerlos revistan la condición de administradores, directores o controlantes

⁶ Precisamente en el fallo citado en la nota 4 se ha resuelto que "... corresponde apartar del rol de querellante al accionista de una sociedad anónima que no ha dado cumplimiento a las disposiciones que emanan del art. 215 de la ley 19.550 (Adla, XLIV-B, 1319); concretamente, la notificación e inscripción que es el momento desde que, según la letra de la norma, surte efectos la transmisión de las acciones ordinarias nominativas no endosables que componen el capital social de la firma, respecto de la sociedad y los terceros".

del ente. A su turno y en cuanto a la calidad de administrador del autor del hecho, habrá que estar al tipo legal que adopte el ente afectado, siendo irrelevante que la acción sea ejecutada por quien tenga la administración global o parcial del mismo e incluso el supuesto puede abarcar a los llamados administradores de hecho. Por último y en cuanto a la referencia a la situación de control que pueden detentar algunos autores, la expresión permiten comprenden aquellos casos en donde los actos lesivos son protagonizados por quienes controlan en los hechos o en el derecho, la gestión de la sociedad, situación que permite abarcar los supuestos contemplados en el art. 33 de la L.G.N.

4. En conclusión, la fórmula adoptada por el art. 78 del C.P.P.N., interpretada en conjunción con el resto de las disposiciones que regulan el instituto de la querrela, constituye sin dudas un saludable cambio de paradigma en el marco del ejercicio por parte de los socios de acciones de responsabilidad penal cuando el perjudicado sea el ente, por delitos cometidos por quienes lo dirijan, controlen o administren. El ejercicio de dicha acción penal, que en los hechos implica erigirse como acusador particular en el proceso penal, bien puede ser llevada cabo en interés de la sociedad en su conjunto (*ut universi*) o a título particular (*ut singuli*), con la única condición de revestir el estatus de socio en el momento de instarla y de que se den el resto de los presupuestos reclamados por la norma de rito, sin que se exija tampoco que en forma previa a todo esto el socio se vea obligado a agotar los mecanismos internos para promover acciones de responsabilidad, situación diferente a lo que ocurre con la acción civil en donde, ante el reenvío implícito de la norma de rito a la norma extrapenal, ello sí resulta necesario conforme a la doctrina dominante.